

IV. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

*Dr. Luis de la Barreda Solórzano**

1. UN DECOMISO INOBJETABLE

a) *Nullum crimen sine lege certa*

No podría cumplir con su misión el principio de legalidad sin el mandato de certeza: *nullum crimen sine lege certa*.¹

Se puede afirmar que las prohibiciones de aplicar la analogía y la costumbre *in malam partem* resultarían totalmente inútiles si los preceptos penales no permitieran conocer qué procederes humanos quedan abarcados en ellos. En otras palabras: el principio de legalidad resulta nugatorio si los textos legales no permiten identificar, sin duda alguna, cuáles

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Claus Roxin enuncia cuatro consecuencias prácticas del principio de legalidad: la prohibición de la analogía; la prohibición de la retroactividad en perjuicio del acusado o del reo; la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal a través del derecho consuetudinario, y el mandato de certeza. *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Diego Manuel Luzón Peña, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 105 a 114.

son las conductas vedadas penalmente y con qué punibilidades está conminada su realización.

La dificultad de redactar normas penales con precisión, en las que se eviten los conceptos indeterminados, se impongan consecuencias jurídicas inequívocas y se contengan marcos legales de extensión limitada, radica en una deficiente técnica legislativa y constituye un problema de comunicación. En ocasiones el texto legislativo es incierto porque la descripción vaga del suceso permite que éste pueda ser abarcado omnilateralmente. Si la figura delictiva no es perfectamente inteligible, se pueden ampliar las dimensiones del *ius puniendi* tornándose más densa la red penal.

Elaborar una ley *certa* equivale principalmente a identificar con precisión el hecho punible y la punibilidad aplicable. Ahora bien, toda figura típica es, fundamentalmente (aunque no sólo), descripción de una conducta considerada antisocial (dentro de determinadas circunstancias). Esa conducta es únicamente la que puede ser objeto de la punición.

De ahí que sea compartible el entusiasmo de Antolisei por el principio de legalidad:

... el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es considerado el *paladium* de las libertades políticas, lo cual explica su inclusión en las cartas constitucionales y en la mayor parte de los códigos penales de los Estados modernos.²

Es legítima la preocupación por evitar en las normas penales el empleo de abstracciones hipostasiadas. La exigen-

² ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale*, 3^o. ed., Milano, 1954, pp. 43 y 44.

cia de determinación o certeza se basa en que sólo el legislador puede crear el derecho, y cuando el legislador no se expresa claramente no sólo se abre la posibilidad a una decisión arbitraria y subjetiva del Juez, sino que, en rigor, se sustituye al órgano encargado de crear la norma: es el Juez, como en la integración por analogía, el que está creando el derecho.

Pese a que la antisocialidad no la inventa el legislador, sino que es generada por los seres humanos mediante sus comportamientos en sociedad, la delimitación legal de la antisocialidad sólo es obra del legislador: la figura delictiva, la que define esa antisocialidad, es creación legislativa. Ésta tiene su punto de partida en los procederes humanos anteriores (fuentes reales), pero no es sino a partir de tal creación que esos procederes humanos adquieren relevancia jurídica (se tornan delitos). Justamente por eso es tan importante precisar el contenido de las conductas prohibidas.

b) El tipo sistemático y el tipo garantía

Un sector importante de la doctrina hace la distinción entre tipo sistemático y *tipo garantía*. Según el supuesto implícito en quienes conciben un tipo sistemático y un tipo garantía, junto a la creación legislativa denominada *tipo*, hay otro tipo cuyo concepto corresponde al principio de legalidad. Contra ese supuesto, hay que advertir que el principio de legalidad no sólo se refiere al tipo, sino también a la punibilidad y a los requisitos de procedibilidad, pero ni punibilidad ni requisitos de procedibilidad son partes integrantes del tipo.

La punibilidad es el otro integrante de la norma jurídico-penal sustantiva: tipo y punibilidad son los componentes de

las normas jurídico-penales. Para que se pueda aplicar a un individuo una sanción penal no sólo se requiere que la conducta que se le imputa haya estado prevista en la ley (tipo), sino que también esté conminada con una pena (punibilidad).

Por lo que toca a los requisitos de procedibilidad, éstos pertenecen al campo procesal: son vínculos externos y contingentes a la norma sustantiva, es decir, al tipo y a la punibilidad. El tipo es el punto de partida (el fundamento) de la fórmula de legalidad, pero no es toda la fórmula.

Cuando Zaffaroni, al querer justificar la pareja tipo-sistemático y tipo-garantía, y refiriéndose a la punibilidad y a las condiciones de procedibilidad, escribe que "hay que añadir (las) al delito",³ parece ignorar que éste, por pertenecer al mundo fáctico, no puede formar parte del tipo, que es un ente (un constructo) del mundo normativo. Por otra parte, llevado a sus últimas consecuencias el planteamiento de Zaffaroni, según el cual forma parte del tipo-garantía todo aquello que hay que añadir al delito para que la conducta pueda ser punida, *¿cómo preguntarse: ¿también la sentencia del juez, y específicamente la punición, es parte del tipo-garantía?*

El tipo no basta para que se aplique una pena, si bien es indispensable su previa existencia. Para la ejecución de una pena se necesita la previa imposición judicial de esa misma sanción penal (punición), y para esta última se requiere la culpable concreción del tipo, esto es el delito.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, Ediar, Buenos Aires, pp. 167 a 175.

c) *El decomiso*

El artículo 40 del Código Penal Federal señala:

Los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, se decomisarán si son de uso prohibido. Si son de uso lícito, se decomisarán cuando el delito sea intencional. Si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido bajo cualquier título, esté en alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 400 de este Código, independientemente de la naturaleza jurídica de dicho tercero propietario o poseedor y de la relación que aquel tenga con el delincuente, en su caso. Las autoridades competentes procederán al inmediato aseguramiento de los bienes que podrían ser materia del decomiso, durante la averiguación o durante el proceso. Se actuará en los términos previstos por este párrafo cualquiera que sea la naturaleza de los instrumentos, objetos o productos del delito.

El texto transcrito no deja lugar a dudas:

a) *Se decomisarán los instrumentos del delito si son de uso prohibido;*

b) Si los instrumentos del delito son de uso lícito, se decomisarán si el delito es intencional, y

c) En caso de que los instrumentos del delito sean de uso lícito y el delito sea intencional, si pertenecen a un tercero sólo se decomisarán cuando el tercero se encuentre en alguno de los supuestos de encubrimiento previstos en el artículo 400 del mismo Código Penal Federal.

En el caso a estudio, los bienes decomisados —vehículos— no son objetos de uso prohibido ni pertenecían a un tercero, sino que eran propiedad de los quejosos. Su decomiso procede si el delito es intencional. El artículo 40 prevé una punibilidad precisa, el decomiso, para el caso claramente expresado de delito intencional (*doloso* sería la expresión técnicamente adecuada). Las cosas que procede decomisar son claramente nominadas en el mencionado artículo: los instrumentos, el objeto o el producto del delito.

La claridad del texto legal es indiscutible. Estamos, sin duda, ante una ley *certa*, es decir ante un texto legal que no suscita dudas en cuanto a su interpretación. No hay vaguedad ni imprecisión.

En el asunto que nos ocupa, el supuesto es el de vehículos utilizados para transportar una sustancia prohibida. El precepto legal no exige que el transporte se haga más de una vez en cierto vehículo para que proceda el decomiso de éste. Basta con que se haya hecho en una sola ocasión.

Es de advertirse que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito no niega en momento alguno que la transportación de un estupefaciente por una sola vez dé lugar a esa pena de decomiso. Difícilmente podría negar lo que en la ley está expresado de manera tan clara. Lo que hace es señalar que "el uso sistemático de ese vehículo en la susodicha actividad fue un medio adecuado para la comisión del delito materia de la condena, y el decomiso de ese bien, por tanto, se encuentra apegado a la ley".

Parece más un problema de comunicación, específicamente de redacción, que de criterio jurídico. Es decir, el Primer Tribunal se refirió al "uso sistemático de ese vehículo", supuesto

en el que evidentemente había lugar al decomiso, pero eso no significa que éste resultara improcedente si el uso del vehículo hubiera sido por una sola vez.

El aludido Tribunal redacta de tal forma su razonamiento que da a entender, como lo advierte la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que "hizo depender la legalidad del decomiso del vehículo precisamente del uso sistemático de que fue objeto". Este error o confusión se hubiera evitado si aquel órgano colegiado, aun señalando que el vehículo se empleó sistemáticamente para el traslado ilícito, hubiera añadido que un solo uso bastaba para que se ordenara el decomiso sin que por ello se desconociera el mandato de certeza que impone el principio de legalidad.

En efecto, el decomiso es una pena establecida con toda nitidez en el citado artículo 40 del Código Penal Federal, que no exige un uso reiterado o sistemático del instrumento del delito que debe decomisarse. Que así haya quedado inequívocamente dilucidado fue posible en virtud de que la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal conoció de la denuncia de contradicción de tesis. Y su resolución es lógica y jurídicamente inobjetable, pues el mandato de certeza no supone que para imponer una pena sean imprescindibles más requisitos de los que la ley reclama, sino que no falte ninguno de esos requisitos contenidos en el texto legal y que la punibilidad esté inequívocamente señalada.

El caso en examen no ofrece dificultad alguna: la pena de decomiso (prevista como punibilidad en el artículo 40 del Código Penal Federal) resulta de aplicación necesaria sobre el vehículo utilizado (instrumento del delito y como tal susceptible de ser decomisado de acuerdo con el mismo numeral), aunque la utilización hubiera ocurrido una sola vez.